

SEPARATA

RPDC N.º 3 (2023)

# REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



# *Do Património Cultural e da sua refração na Constituição Cultural Portuguesa (com um Breve Excurso pela Jurisprudência Constitucional Portuguesa)*

**José Joaquim Fernandes Oliveira Martins**

*Juiz de Direito, Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional  
joaquim.o.martins@gmail.com*

**Resumo:** O autor começa por abordar a noção de ‘Património Cultural’, que corresponde à junção de dois conceitos bem díspares, em que releva especialmente a ‘cultura’ e que tem tido uma grande difusão e aceitação a nível jurídico, inclusive em Portugal. O autor faz igualmente uma breve análise do surgimento dessa noção e da própria ideia de ‘bem cultural’ em que assentou, surgida inicialmente em Itália, bem como da atual Constituição Cultural Portuguesa mais relacionada com essa matéria. Finalmente, faz-se uma (sucinta) referência à muito escassa jurisprudência constitucional portuguesa sobre património cultural, em especial ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 115/2021.

**Palavras-Chave:** Património Cultural; Cultura; Constituição Cultural; Proteção do Património Cultural; Jurisprudência Constitucional Portuguesa sobre o Património Cultural.

**Abstract:** The author begins by discussing the concept of ‘Cultural Heritage’, which corresponds to the combination of two very different concepts, in which ‘culture’ stands out in particular, and that has been widely disseminated and accepted at a legal level, including in Portugal. The author also briefly analyses the emergence of this concept and the very idea

of ‘cultural asset’ on which it was based, that first appeared in Italy, as well as the current Portuguese Cultural Constitution, in the parts most closely linked to this subject. Finally, a (brief) reference is made to the very scarce Portuguese constitutional case law on cultural heritage, particularly to the Constitutional Court Ruling no. 115/2021.

**Keywords:** Cultural Heritage; Culture; Cultural Constitution; Protection of Cultural Heritage; Portuguese Constitutional Jurisprudence on Cultural Heritage.

“As ruínas do tempo são tristes, mas belas; as que as revoluções trazem ficam marcadas com o cunho solene da História. Mas as brutas degradações e as mais brutas reparações da ignorância, os mesquinhos consertos da arte parasita, esses profanam, tiram todo o prestígio.”

ALMEIDA GARRETT, *Viagens na minha terra*, Cap. XXIX

## I. Introdução

Segundo uma frase antiga (e como tantas outras, de atribuição muito problemática), não devemos regressar a um sítio onde fomos felizes, mas arriscamos, *malgré tout*, retornar a uma temática que sempre nos foi muito próxima e que abordamos anteriormente<sup>1</sup>, pelo que entendemos “ser de voltar ao ‘lugar do crime’, isto é, às temáticas concretas aí abordadas, tendo por base, claro, partes concretas desse livro, mas individualizando-as em artigos separados, revisitando-as e procurando dar uma nova abordagem e enfoque às mesmas, refletindo, desde logo, as alterações legislativas e os desenvolvimentos jurisprudenciais relevantes”<sup>2</sup>, o que se prossegue agora com este novo artigo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *O Crime de Dano e o Património Cultural (A criminalidade patrimonial e os bens culturais)*, Lisboa: Livraria Petrony, 2003.

<sup>2</sup> JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *Do dano (em geral) ao surgimento do dano penalmente relevante e do crime de dano*, p. 1, disponível em <https://julgat.pt/do-dano-em-geral-ao-surgimento-do-dano-penalmente-relevante-e-do-crime-de-dano/> (consultado, como todos os outros sítios da Internet em 15/11/2023), sendo esse o primeiro artigo em que me dediquei a essa tarefa e este o segundo.

<sup>3</sup> Que herda, portanto, algumas opções estilísticas, como o uso do plural impessoal, que se mantém neste artigo.

Neste texto pretendemos analisar em que consiste e como surgiu a noção de ‘património cultural’ (e o próprio conceito de ‘bem cultural’ muito ligado à mesma), procurando explicitar de que forma a sua proteção tem reflexos (diretos e indiretos) na Constituição da República Portuguesa e também na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, contribuindo, a final (esperamos), para uma visão (também) constitucional da tutela do património cultural, em particular no que diz respeito à sua refração jurisprudencial constitucional em Portugal e ao acórdão que é mais relevante para o efeito.

Deste modo, partindo de uma abordagem prévia ao conceito de património cultural, assente nos dois elementos (muito) díspares que o constituem – património e cultura, abordaremos depois a própria Constituição Cultural Portuguesa, em particular as porções da mesma que digam respeito à cultura e à tutela e fruição do património cultural, terminando com uma breve referência à (muito escassa) jurisprudência constitucional portuguesa sobre essa mesma temática.

## II. O património cultural

O termo ‘património’ tem múltiplos e diversos sentidos, desde o comum, bem como – a nível já jurídico – o civilístico ou jurídico-criminal, sendo que como ponto de partida de todas estas noções temos sempre a ideia que o património representa algo de valioso para o homem, que para nós não se esgota necessariamente no valor económico, antes servindo para satisfazer as suas necessidades (motivo pelo qual adotamos, na obra citada na primeira nota de rodapé, uma conceção jurídico-funcional do património no âmbito penal).

Quanto ao adjetivo ‘cultural’, deriva do participio passado do verbo latino *colere*<sup>4</sup>, e, num sentido lato, significa tudo o que se opõe a *natura*, i.e., àquilo que não resulta da atividade do homem<sup>5</sup>. Assim, nesta aceção,

<sup>4</sup> JORGE DIAS, *voce* «Cultura (conceito etnológico)» in *Dicionário de História de Portugal* II, dir. de Joel Serrão, reimpr., Porto: Figueirinhas, 1981, p. 253, e M. ANTUNES, *voce* «Civilização e Cultura» in *Polis* I, Lisboa/S. Paulo: Verbo, 1983, p. 875.

<sup>5</sup> Neste sentido, ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *O Que é Cultura*, Lisboa: Difusão Cultural, 1993, p. 11. Originalmente, a palavra ‘cultura’ significava qualquer alteração provocada pela ação humana, especialmente nos campos (*colere agros*), cfr. JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 253. Para JORGE MIRANDA, «O património cultural e a Constituição – tópicos» in *Direito do Património Cultural*, coord. de JORGE MIRANDA/JOÃO MARTINS CLARO/MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Instituto Nacional de Administração, 1996 (cit. *Direito do Património...*), p. 253, o problema da definição de cultura é uma “tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias”, embora aponte que a cultura envolve: “Tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva; - Tudo o que se reporta a bens não económicos; - Tudo que tem a ver com obras de criação humana, em contraposição à natureza”, aproximando-se pois dos sentidos que apontamos para esta palavra.

a cultura “abrange todos aqueles objetos ou operações que a natureza não produz e que lhe são acrescentados pelo espírito”<sup>6</sup> e aproxima-se do termo civilização<sup>7</sup>.

Por outro lado, e em sentido restrito, cultura é “todo o conjunto de atividades lúdicas ou utilitárias, intelectuais e afetivas que caracterizam especificamente um determinado povo”<sup>8</sup>. Todos os povos<sup>9</sup> têm, pois, uma cultura própria, composta por uma miríade de elementos e que servem para os individualizar dos restantes povos<sup>10</sup>. Por isso, se fala da cultura bosquímana

<sup>6</sup> ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *ob. cit.*, p. 11. Segundo JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 253, a partir de Cícero, fala-se de *cultura animi*, referindo-se ao “processo de evolução do espírito humano, a que podemos chamar o processo de humanização do homem”, itálico do autor. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, «Contributos para uma perspetiva histórica do direito do património cultural em Portugal» in *Direito do Património...*, p. 205, define, em geral, cultura como “tudo o que é humano e pode ser transmitido”.

<sup>7</sup> Cfr. M. ANTUNES, *ob. cit.*, p. 875, que entende que ambos se identificam na mesma denotação de fundo, porque se referem à “ação que o homem realiza quer sobre si quer sobre o seu espaço relacional, visando uma transformação para melhor” e ao “resultado dessa mesma ação, que, por sua vez, pode constituir novo ponto de partida para outra ação mais complexificadora, mais dinamizadora, mais realizadora do ser humano na sua própria e real *humanitas*”. Enquanto civilização é o termo utilizado na língua francesa e também, durante muito tempo, entre nós, a palavra cultura chega-nos por via germânica (*kultur*) e é de uso bastante mais recente. Sobre o aparecimento da palavra ‘cultura’ no seu novo significado, v. minuciosamente PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y constitución*, reimpr. corríg., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 15-35.

<sup>8</sup> ANTÓNIO JOSÉ SARAIVA, *ob. cit.*, p. 11, embora EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 205, dada as polémicas que o termo encerra, prefira usar uma “definição mais segura, tão ampla que não pode constituir base de trabalho para uma investigação no plano jurídico, é a que considera cultura tudo aquilo que o homem faz e o macaco não consegue”. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 35, fala também num conceito geral de cultura, próximo do de civilização, e num conceito étnico de cultura, relativo ao modo de ser de uma comunidade concreta. Neste sentido, também o direito faz parte da cultura de um povo, bem como o crime, como destaca MANNHEIM, *Criminologia Comparada II*, trad. de COSTA ANDRADE E FARIA COSTA, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 153, dado que é “um dos múltiplos modos através dos quais se exprime a cultura duma nação num dado momento histórico”.

<sup>9</sup> Quando falamos aqui de povos, referimo-nos a um conjunto de pessoas “cujos componentes compartilham de uma identidade cultural historicamente configurada”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 94, independentemente de a esse povo corresponder um país ou uma qualquer forma de organização dentro de um estado. Como referem estes autores, a República Portuguesa é, pois, também constituída por um povo.

<sup>10</sup> Neste sentido, FERNANDA PALMA, «Proteção penal dos bens culturais numa sociedade multicultural» (cit. *Proteção...*) in *Direito do Património...*, p. 376: “A cultura tem sido caracterizada pela antropologia como aquilo que torna uma sociedade uma entidade coerente e permite a sua diferenciação de outras sociedades”. JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254, refere que a noção individual de cultura transmutou-se posteriormente num conceito mais restrito, de cultura coletiva, que é hoje o mais utilizado, em que, segundo a definição do mesmo autor, *ob. e loc. cit.*, cultura é “tudo aquilo que recebemos do ambiente social onde fomos criados”. T. S. ELIOT, num dos seus últimos livros (1948), *Notes towards the definition of culture* – v, para um análise do mesmo, NASRULLAH MAMBROL, *Analysis of T.S. Eliot's Notes towards the Definition of Culture*, retirado de <https://literariness.org/2020/07/05/analysis-of-t-s-eliot-s-notes-towards-the-definition-of-culture/> –, deu-nos um catálogo heterogéneo do que constitui a cultura, enquanto atividade, características e interesses de um povo, neste caso o inglês: “Derby Day, Henley Regatta, Cowes, o dia 12 de Agosto, uma final da taça, a corrida de cães, a mesa de ténis, o alvo dos dardos, queijo Wensleydale, couve cozida cortada, beterraba em

(atualmente também designada como *San*), da cultura *inuit*, como um *quid* específico destes povos em relação aos restantes.

A cultura, nesta última aceção, interessa a uma série de ciências sociais<sup>11</sup>, como a sociologia, a etnologia<sup>12</sup> e, especialmente, a antropologia. Nesta última, a cultura tem, nas palavras de um dos seus mais eminentes representantes, A. L. KROEBER, discípulo de FRANZ BOAS, as seguintes qualidades: “1 – É transmitida e continuada, não pelo mecanismo genético de hereditariedade mas pelo intercondicionamento de zigotos. 2 – Quaisquer que sejam as suas origens nos, ou através dos, indivíduos, a cultura depressa tende a tornar-se suprapessoal e anónima. 3 – Obedece a padrões ou regularidades de forma, estilo e significação. 4 – Personifica valores, os quais podem ser formulados (abertamente, como costumes) ou sentidos (implicitamente, como nos hábitos populares) pela sociedade portadora de cultura, e que o antropólogo tem como tarefa caracterizar e definir”<sup>13</sup>. Contudo, refira-se também que MOLES recolheu, nos anos 60, cerca de 250 noções diferentes de cultura usadas em antropologia, pelo que se vê claramente a controvérsia que este termo levanta no âmbito das ciências sociais.

Em relação à sociologia, FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE apontam a seguinte definição de cultura: “conjunto de critérios de valor capazes de orientar eficazmente a ação social. Em sentido sociológico, a *cultura* estendese, pois, a todos os modelos coletivos de ação, identificáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma dada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de uma certa durabilidade”<sup>14</sup>. Não importa aqui, dada a natureza desde trabalho, referirmo-nos às várias teorias da cultura desenvolvidas no âmbito destas ciências sociais, em resultado de autores como TYLOR, BOAS, MALINOWSKI ou LÉVI-STRAUSS<sup>15</sup>.

vinagre, igrejas góticas do século dezanove e música de Elgar. O leitor poderá elaborar a sua própria lista” *apud* MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 652, assim salientando o carácter plural e aberto desta noção.

<sup>11</sup> Foi Tylor, em 1871, no seu livro *Primitive Culture*, a dar o primeiro conceito de cultura, com implicações sociológicas e antropológicas: “aquele todo complexo que compreende, ao mesmo tempo, as ciências, as crenças, as artes, a ética, as leis, os costumes e quaisquer outras faculdades ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de determinada sociedade”, Tylor *apud* JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254. V. também A. L. KROEBER, «O conceito de cultura em ciência» in *A natureza da cultura*, Edições 70, Lisboa, 1993, p. 179 e s, e PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p.28-29.

<sup>12</sup> Se considerarmos que a etnologia é uma ciência independente da antropologia, embora o entendimento geralmente aceite é de que a antropologia cultural engloba a etnologia.

<sup>13</sup> A. L. KROEBER, «Cultura, acontecimentos e indivíduos» in *ob. cit.*, p. 159.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 290.

<sup>15</sup> Um resumo de algumas destas teorias pode ser vista em M. ANTUNES, *ob. cit.*, p. 878-881, embora não

A cultura serve assim para unir um povo, fornecendo-lhe “um sistema de símbolos, crenças e modos de pensamentos”<sup>16</sup>, desempenhando, pois, uma função integrativa. Este é o núcleo essencial da cultura, pois são essas ideias que vão determinar o modo de agir da sociedade e que as distinguem verdadeiramente<sup>17</sup>. Esse sistema é expresso pelos valores fundamentais da sociedade, os ditos valores culturais, que são “expressões específicas da validade, vigência e positividade de certas ideias integradoras da sociedade”<sup>18</sup>.

Cultura, neste sentido, está em permanente devir, acompanhando as mudanças sofridas pelas diversas comunidades. O que hoje é considerado como fazendo parte da cultura de um povo, poderá não o ter sido antes e poderá deixar de o ser dentro de algum tempo. Por isso, estamos perante um conceito em contínua renovação, adotando e excluindo elementos, e com contornos muito indefinidos e difíceis de indagar. Deve também referir-se que em qualquer cultura temos, além dos elementos distintivos particulares, elementos partilhados com as restantes culturas. A herança greco-latina e judaico-cristã, por exemplo, forma o substrato básico de grande parte dos povos da Europa Ocidental, que estes espalharam por todo o mundo.

Por outro lado, também se pode falar de “uma cultura, herança social de toda a humanidade”, distinta das “culturas particulares de cada grupo social bem individualizado”<sup>19</sup>. Isto é, a humanidade tem também uma cultura comum, formado por elementos vários que, dada a sua importância generalizada, constituem uma espécie de legado para todas as gerações vindouras, qualquer que seja a sua cultura específica. Quando se fala no ‘património mundial’, como é reconhecido pela UNESCO<sup>20</sup>, está-se a admitir a relevância desses elementos

---

se referindo especificamente ao estruturalismo e ao funcionalismo que marcam a antropologia deste século. KROEBER faz também uma retrospectiva histórica, até meados do século vinte, da evolução da antropologia e do conceito de cultura, cfr. A. L. KROEBER, «O conceito de cultura em ciência», p. 179-203, «Meio Século de Antropologia», p. 211-217, e «A história e a atual orientação da antropologia cultural», p. 219-229 in *ob. cit.*

<sup>16</sup> FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376.

<sup>17</sup> Cfr. A. L. KROEBER, «Os valores como tema de investigação das ciências da natureza» in *ob. cit.*, p. 206.

<sup>18</sup> FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376.

<sup>19</sup> JORGE DIAS, *ob. cit.*, p. 254.

<sup>20</sup> O conceito de Património Mundial foi introduzido na Convenção para a proteção do património mundial, cultural e natural, aprovada em Paris, em 1972, sendo constituído por “bens de interesse excepcional, de valor universal, por vezes testemunhos únicos, respeitando critérios de autenticidade e de integridade, e que devem ser considerados pertença não apenas do Estado em que se encontram, mas de toda a humanidade, pretendendo-se que toda a humanidade se envolva na sua defesa e salvaguarda de modo a assegurar a sua transmissão às gerações futuras”, cfr. MANUELA GALHARDO, «As Convenções da UNESCO no domínio do património cultural» in *Direito do Património...*, p. 97. Sobre as refrações anteriores desta noção, especialmente no direito dos conflitos armados (começando pelas *Instruções Para o*

(que, neste caso, são sítios) para a humanidade globalmente considerada. As pirâmides do Egipto, a composição musical *Ein Deutsches Requiem*, op. 45, de Johannes Brahms (especialmente na incontornável gravação de Klemperer com Schwarzkopf e Fischer-Dieskau) ou as obras de Confúcio, só para dar alguns dos muitos exemplos que se podem encontrar, são um marco destacado no progresso material e na criação artística ou filosófica, importando, pois, a todos os povos, por mais distantes que se encontrem.

Hoje, nas sociedades plurais existentes e que estão cada vez mais interligadas, as culturas tendem a evoluir mais rapidamente e a partilharem os mais variados elementos, sendo uma tarefa muito difícil definir o que compõe a cultura de um povo. O tão propalado multiculturalismo leva a que num mesmo espaço se juntem culturas muito diferentes, que, ao invés do que acontecia anteriormente, se miscigenam e se reconhecem mutuamente<sup>21</sup>. Se antes se procuravam apagar as diferenças entre os diferentes grupos existentes num mesmo país, hoje quer-se apoiar a manutenção dos traços culturais mais importantes das diversas comunidades que, graças a séculos de migrações ou a uma delimitação de fronteiras que englobou vários povos, coexistem num mesmo país<sup>22</sup>.

---

*Governo do Exército dos Estados Unidos no Terreno*, promulgado em 1863 pelo Presidente Lincoln, passando pela Convenção de Haia sobre Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, de 1954), v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional de solidariedade?*, Coimbra, 1995, p. 564-567. Para CASALTA NABAIS, “Ideia sobre o Quadro Jurídico do Património Cultural” in *I Curso de Gestão do Património Cultural*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1994, p. 146, o património cultural comum da humanidade deve ser entendido como domínio público internacional ou deve ser gerido para benefício de todos, tal como acontece com, por exemplo, os fundos marinhos ou os corpos celestes. De igual modo, JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 559-561, entende o património cultural mundial como consequência do chamamento do regime do património comum da humanidade para “fornecer um enquadramento jurídico-internacional de bens cuja capacidade integradora da espécie humana no seu conjunto está muito para lá da sua dimensão de recursos económicos (e a que se poderá, por isso, chamar de ‘bens comuns globais pós-materiais’)”. A introdução do conceito de património cultural mundial implica um dever de toda comunidade na sua preservação e a limitação da soberania dos Estados sobre esse património, v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 574.

<sup>21</sup> Sobre o multiculturalismo, v. CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento*, trad. de Marta Machado, Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94, e respetivos comentário, entre os quais avulta o de HABERMAS, «Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional» in *ob. cit.*, p. 125-164, em que se analisam os vários problemas levantados pelo multiculturalismo a nível político e constitucional, como a preservação da identidade nacional e as implicações respetivas a nível da proteção das diversas culturas existentes no território nacional ou a política de imigração. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 59-91, alude também aos problemas levantados pela convivência entre culturas, referindo as fórmulas jurídicas possíveis de resolução dos conflitos que surgem: a assimilação cultural ou a autonomia cultural. Numa visão crítica de alguns dos problemas levantados pelo multiculturalismo, no contexto mais vasto da proteção das minorias e da discriminação ativa em seu favor, v. PAULO FERREIRA DA CUNHA, «Igualdade, minorias e discriminações» in *O Direito*, 1999, III-IV, *passim*, espec. p. 297-298

<sup>22</sup> FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 391, nota 5, entende que o respeito pelas várias culturas é hoje um dos elementos fundamentais do Estado de direito democrático. Em igual sentido, veja-se como GOMES

Além do mais, a globalização<sup>23</sup>, sentida mesmo nos cantos mais recônditos do mundo, leva a mudanças surpreendentemente rápidas em culturas até então muito fechadas e, por isso, muito apegadas às suas práticas culturais ancestrais. A diversidade, que sempre caracterizou o mundo, está hoje cada vez mais em perigo, levando a uma assimilação de modelos culturais importados e que tendem a levar que todos consumam o mesmo e ajam de igual modo. As línguas, um dos elementos mais importantes na união de um povo, tendem a desaparecer se não tiverem força suficiente, tornando-se meros dialetos apenas vivos na mente dos mais idosos. O inglês torna-se cada vez mais a língua franca<sup>24</sup>, superando os sonhos mais loucos do esperanto e limitando as possibilidades de quem não o domine. Mesmo entre nós, os dialetos, como o minderico ou mirandês, e as diversas gírias profissionais, já só existem praticamente no remanso dos livros de etnologia do século XIX e início do século XX. O próprio sotaque, elemento diferenciador das diversas regiões, tende a uniformizar-se com o modelo apreendido na televisão, que se torna o padrão comum.

Assim, existem atualmente duas tendências importantes no campo da cultura dos povos, o multiculturalismo e a globalização<sup>25</sup>. Se, por um lado, se

CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, ao referirem-se à educação da cultura, entendem que “a densificação normativo-constitucional tem de operar com um conceito aberto e universal, de cultura, pois a democratização da cultura significa possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos («coexistência» e intercâmbio cultural)”, itálico dos autores. V. também JÜRGEN HABERMAS, *ob. cit.*, *passim*, espec. p. 140-152, afirmando que “Nas sociedades multiculturais a coexistência de formas de vida com direitos iguais significa garantir a cada cidadão a oportunidade de crescer dentro do mundo de uma herança cultural, e garantir aos seus filhos crescerem nele sem sofrerem discriminação”, embora frise que as garantias legais não significam a preservação das diversas culturas, pois os membros dos diversos grupos têm a liberdade de se afastarem da sua cultura ou de a transformarem ou miscigenarem, o que acontece cada vez mais rapidamente nas sociedades modernas.

<sup>23</sup> Segundo JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 562, alguns autores usam a expressão ‘cultura global’, para exprimirem o resultado de uma homogeneização cultural, do surgimento de isomorfismos entre as diversas culturas, provocados pela “cultura-ideologia do consumismo”. Para este autor, esta visão tem vindo a ser substituída por outra, bem mais complexa, de “*ecúmena global*”, em que aos fenómenos de globalização se junta o surgimento de “genuínas ‘terceiras culturas’, de culturas originariamente transnacionais”. Em geral sobre o significado original de globalização, especialmente o económico, v. JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 49-73, apontando quatro metáforas para o novo quadro mundial existente: a aldeia global, a fábrica global, a Las Vegas global e a cidade global.

<sup>24</sup> Quando a língua sempre foi “fator fundamental de integração e assimilação”, cfr. *Relatório Intercalar. Proposta de Lei de Bases do Património Cultural* (cit. *Relatório Intercalar...*), Lisboa: Ministério da Cultura, 1998, p. 67.

<sup>25</sup> Como bem nota JOSÉ MANUEL PUREZA, *ob. cit.*, p. 563, a própria globalização é um dos motores do multiculturalismo, ao aumentar o conhecimento das restantes culturas, pelo que se trata de um “processo que comporta a emergência de uma monocultura global, quer uma compreensão mais aguda do multiculturalismo”. O Direito Internacional encontra-se, refere o mesmo autor, numa dialéctica entre as duas consequências da globalização: se, por um lado, se procuram preservar as diversidades, por outro, a consideração da existência de um património comum implica a superação da sua pertença única aos

tenta preservar as várias culturas numa coexistência pacífica e comunicativa, por outro, as forças centrípetas globalizadoras levam a uma uniformização, a um mundo cada vez mais cinzento, por oposição ao arco-íris de culturas antes existentes.

O que torna ainda mais complicado determinar o que constitui efetivamente a cultura de um povo, sujeita a mutações cada vez mais rápidas e com contornos ainda mais fluidos. Esta dificuldade de concretizar o que é a cultura de um povo pode levar a graves problemas no âmbito do direito quando nos referimos a cultura *tout court*. O direito procura a segurança jurídica, que pouco se coaduna com a fluidez que um conceito como o de cultura transporta. Em sociedades cada vez mais plurais, abertas ao dissenso e que em que se pretende respeitar as franjas marginais anteriormente perseguidas, o que é, afinal, a cultura? É a cultura da maioria? É um mínimo de consenso nos valores essenciais, despidendo todo o conceito de uma qualquer densidade?

Sabe-se que o direito se tem confrontado, cada vez mais, com cláusulas gerais ou conceitos indeterminados<sup>26</sup>, que apelam a um juízo de concretização por parte do juiz de acordo com a evolução sofrida pela sociedade. Assim, quando no Código Civil se utiliza a expressão ‘bons costumes’, o critério a utilizar para a concretizar deve ser o da “consciência social dominante”, o que dá uma “ideia da fluidez da noção dos bons costumes”<sup>27</sup>. Consegue-se assim que o direito se adapte às conceções sociais, que se alteram continuamente, flexibilizando-se, sem necessidade de várias modificações legislativas, conforme as alterações daquela sociedade.

Contudo, apesar disso, dada a grande dificuldade que é a determinação do sentido da palavra ‘cultura’, há autores que chegam a entender que “[n]ão se pode jurisdicizar o conceito de cultura, sendo mesmo de evitar, pela sua polissemia, a utilização do termo nos textos de direito positivo. Sempre que os juristas são convocados a precisar, pela via interpretativa, o sentido em que o legislador usou o termo, só conseguem agravar a

patrimónios nacionais. Sobre os problemas levantados pela globalização cultural e pela cultura de massas, com a consequente consciência da diversidade cultural, no que parece um “profundo paradoxo”, v. as reflexões de PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p.82-91.

<sup>26</sup> Para uma distinção entre estas duas noções, v. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7.ª Edição, trad. de JOÃO BAPTISTA MACHADO, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 205 e s., que entende que o conceito indeterminado é aquele cujo conteúdo e extensão é incerto, enquanto a cláusula geral é aquela que se opõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais.

<sup>27</sup> COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1999, p. 64, onde se citam os vários artigos do Código Civil em que se emprega esta expressão, dos quais avulta o Art. 334º, relativo ao abuso de direito.

confusão e confirmar a inoperatividade do conceito”<sup>28</sup>. Por isso, nos vários ramos do direito preferem-se usar expressões como ‘património cultural’<sup>29</sup> ou, anteriormente, ‘património artístico, histórico e arqueológico’<sup>30</sup>, sem se referirem expressamente à ideia de cultura que está subjacente a esses conceitos, antes procurando a sua concretização.

Se isto é assim nos outros braços da ordem jurídica, sabemos bem que o direito penal tem especiais cuidados a nível da tipicidade, pois o tipo legal é também tipo de garantia<sup>31</sup>, por força do princípio da legalidade, o que tem implicações a nível da interpretação do tipo legal e da proibição da analogia. E claro que a função de garantia do tipo legal impõe que os vários elementos do crime devem estar determinados, não sendo possível existirem normas em que a descrição da conduta típica seja tão vaga ou indefinida que fique totalmente ao arbítrio do juiz. Pelo que o uso de conceitos como o de cultura não é facilmente admissível no direito penal, que se tem limitado a utilizar também expressões mais delimitáveis, de entre as quais, como vimos, a mais importante é hoje a de ‘património cultural’.

<sup>28</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 206. MANNHEIM, *ob. cit.*, p. 652, refere também o “carácter cintilante e indefinível da cultura”. Mas, a utilização de noções parcelares do conteúdo global do património levanta também bastantes problemas, talvez ainda maiores. Veja-se o caso a noção de obra de arte ou de artista, que JEAN-MARIE PONTIER, «La notion d'oeuvre d'art» in *Revue du Droit Public* CV, 5 (1990), p. 1403 e s., procura definir, começando embora por advertir que “ousar uma palavra sobre arte é aventurar-se num terreno minado”, dadas as controvérsias que este conceito levanta. O que não impede o legislador penal português de qualificar o dano de coisa com importante valor artístico (Art. 213º, n.º 2, al. c) do Código Penal), deixando para o juiz a difícil determinação do que será esse valor.

<sup>29</sup> Apesar disso, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 205, entende que a utilização da expressão património cultural “não significa a sua tradução num conceito de direito ou na existência de uma materialidade jurídica de contornos definidos”. O que está correto, pois dada a imprecisão e evolutividade da cultura, a sua plasmação neste conceito representa apenas uma leve tentativa de esbater a sua indefinição natural, referindo-a a algo de já existente, mas que necessariamente não irá abarcar todas as modificações que aquela sociedade virá a sofrer.

<sup>30</sup> O Decreto n.º 20 985, de 7 de março de 1932, antecessor imediato da Lei n.º 13/85, utilizava esta expressão, que também é bastante comum no direito comparado, onde a designação ‘património cultural’ ainda não entrou, para a maioria da doutrina, no léxico jurídico (em Espanha, por exemplo, são muitos poucos os autores que a utilizam, dado também o próprio legislador optar pela designação ‘património histórico’)

<sup>31</sup> Sobre esta função de garantia, v. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª Edição, trad. de MANZANARES SAMANIEGO, Granada: Comares, 1993, §15, p. 112 e s., ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de ENRIQUE BACIALGUPO, Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Universidad de Valencia, 1984, p. 271 (ampliando essa função a todas as categorias científicas do tipo-de-ilícito, derivando da função de garantia da lei penal, cfr. *ob. cit.*, p. 231), e TERESA BELEZA, *Derecho Penal II*, reimpr., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999, p. 99.

O património cultural é uma noção que abarca um conjunto de bens<sup>32</sup>, materiais ou imateriais, que são protegidos por uma dada sociedade, por serem considerados como importantes para esta a nível cultural<sup>33</sup>. Estamos, assim, longe da noção civilística de património<sup>34</sup>, por estes bens não precisarem de ter qualquer valor pecuniário<sup>35</sup> ou de serem suscetíveis de apropriação<sup>36</sup>, ou até de estarem na titularidade de alguém. Podemos, isso sim, aproximar esta noção de património da conceção penal personalista e jurídico-funcional, uma vez que estes bens satisfazem as necessidades dos membros da sociedade, tal como o património de cada um. Mas, estes bens têm esse valor não apenas para os seus proprietários, mas para todos os membros da comunidade e para a comunidade considerada em si mesma. Cada indivíduo precisa de se integrar numa sociedade, partilhando um lastro comum cultural, que lhe fornece parte da sua identidade e que é encarado como um bem para o próprio, ao dar-lhe um contexto onde se situar e de onde brotam as raízes do seu ser<sup>37</sup>. Neste aspeto, deve o regime do património cultural basear-se na “ideia de funcionalização dos valores culturais mais significativos e das coisas em que muitos deles encontram suporte físico em prol do desenvolvimento da personalidade através da fruição cultural”<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Bens e não coisas, porque integra certas entidades não reconduzíveis à noção jurídica de coisa, como as tradições, por exemplo, como nota MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, «Sobre a legislação do Património Cultural» in *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa*, n.º 11/12 (1989), p. 162-164.

<sup>33</sup> V. a definição de MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165: “conjunto de bens culturais que uma dada ordem jurídica visa proteger”, e de ANTÓNIO CORDEIRO, *voce* «Património Cultural» in *Dicionário Jurídico da Administração Pública* VI, dir. José Pedro Fernandes, Lisboa, 1994, p. 279: “Conjunto dos bens, materiais e imateriais, que, devendo ser considerados de interesse relevante para a permanência e identidade da cultura portuguesa, são objeto de regime próprio de proteção”.

<sup>34</sup> Apesar disso, note-se, a noção etimológica de património, no sentido de bens deixados pelos nossos pais, aproxima-se da ideia do património cultural como um legado cultural, como uma herança dos nossos antepassados, como refere CARLA AMADO GOMES, «O património cultural na Constituição» in *Perspetivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976 I*, org. de Jorge Miranda, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 338, nota 3.

<sup>35</sup> Dado que, à exceção de ENNECERUS e poucos outros autores, a doutrina considera o valor pecuniário como integrante da noção de património. Por isso, o conceito civilístico de património não é utilizável como ponto de partida de construção do património cultural, pois, como referimos, este é muitas vezes constituído por bens sem qualquer valor económico, ou que, mesmo que o tenham, não lhe devem a sua inclusão nos bens culturais. Por outro lado, como bem refere MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 164, que analisa desenvolvidamente esta questão, os bens imateriais pertencentes ao património cultural nunca poderiam fazer parte do património civilístico, pois não podem ser objeto de relações jurídicoprivadas.

<sup>36</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 206, e FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 377.

<sup>37</sup> CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 15, apoiando-se em Pérez Moreno, fala a este respeito de uma conceção dinâmica dos bens culturais, incluídos no “conjunto de instrumentos através dos quais o Estado promove a satisfação de necessidades de desenvolvimento da personalidade dos cidadãos numa perspetiva qualitativa”.

<sup>38</sup> *Relatório Intercalar...*, p. 58, subordinando o património cultural à dignidade da pessoa humana, centro

Por outro lado, o património cultural representa o legado recebido por todo um povo, o resultado de toda a sua evolução anterior e do caminho da humanidade, servindo para unir os seus vários componentes, desempenhando a função integrativa que é característica de qualquer cultura e dando-lhe coesão social<sup>39</sup>. Serve também para o distinguir, para o individualizar no contexto dos múltiplos povos existentes, todos com culturas mais ou menos diferentes.

Os bens que compõem o património cultural são usualmente designados de bens culturais, podendo, como dissemos, ser materiais ou imateriais<sup>40</sup>. Esta designação é recente, tendo sido importada do direito internacional<sup>41</sup>, de modo a nomear globalmente os bens que integram o património cultural,

do sistema de valores constitucional.

<sup>39</sup> O *Relatório Intercalar...*, p. 7-8, refere estas duas funções do património cultural, necessário quer à “formação da personalidade, à expansão do seu conhecimento e ao moldar da sua personalidade, estimulando potencialidades e favorecendo a criatividade”, bem como “condição indispensável à preservação – nalguns casos, à consolidação – da identidade cultural da nação em causa, por muitos tida como ameaçada, face à multiplicação dos fenómenos de globalização”, e adiciona-lhe uma terceira, o “fim eminentemente económico, já que a existência de monumentos de assinalável interesse ou de coleções públicas ricas constituem fonte considerável de receita turística”. Sobre as funções desempenhadas especificamente pelo património artístico, mormente o mais recente, v. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «Da proteção do património cultural» in *Textos*, número especial, *Ambiente e Consumo* III, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 100-103, referindo-se ao “Carácter multimodo da função social”.

<sup>40</sup> A Lei n.º 13/85, de 6 de julho, que constituiu, durante muito tempo, o regime básico do património cultural, fazia esta distinção no seu Art. 1º, que nos dava a definição de património cultural: “todos os bens materiais e imateriais...”, cfr. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 350. V. também FERNANDO ALVES CORREIA, «Proteção de bens culturais: restrições de utilidade pública, expropriações e servidões administrativas» in *Direito do Património...*, p.396, entendendo que os bens culturais materiais podem ser coisas móveis ou imóveis, enquanto os bens culturais imateriais são obras do engenho humano, não identificáveis com a sua corporização em coisas. FERNANDA PALMA, *Proteção...*, p. 376, distingue igualmente entre bens culturais materiais e imateriais, i. e., “entidades incorpóreas reveladas e aprisionadas em certos meios de expressão”. Mais recentemente, nota-se a importância cada vez maior dada pelo legislador a alguns bens culturais imateriais, como, por exemplo, ao património gastronómico português. Assim, o Conselho de Ministros aprovou a Resolução 96/2000, publicada no Diário da República, I Série-B, de 26 de julho de 2000, em que se pretende “intensificar as medidas de preservação, valorização e divulgação da gastronomia nacional enquanto valor integrante do património cultural português” (Art. 1º), contendo uma série de medidas para esse efeito. No Preâmbulo diz-se que “é hoje inquestionável que a identidade cultural dos povos, a par de bens corpóreos que testemunham o respetivo percurso civilizacional, integra ainda um vasto património intangível que, ao longo do tempo, vai revelando a sua particular visão da realidade”, e onde se incluem “as artes culinárias”. V. também sobre este tema e contendo uma “Lista Representativa do Património Cultural Imaterial da Humanidade” existente entre nós – <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/temas/proteger-o-nosso-patrimonio-e-promover-a-criatividade/patrimonio-cultural-imaterial-em-portugal>, sendo que em 2003 foi adotada, pela UNESCO, a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial – <https://unescoportugal.mne.gov.pt/pt/temas/proteger-o-nosso-patrimonio-e-promover-a-criatividade/patrimonio-cultural-imaterial>.

<sup>41</sup> GIANNINI, «I beni Culturali» in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* I (1976), p. 5, nota 2, e MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165, referem que esta expressão foi pela primeira vez utilizada em documentos preparatórios da UNESCO nos anos de 1962-1964, embora num sentido muito amplo, de todos os bens que caíam na alçada da UNESCO.

em vez de usar designações parcelares anteriormente utilizadas<sup>42</sup>. Foi em Itália, na dita Comissão Francheschini<sup>43</sup>, que se utilizou pela primeira vez a expressão ‘bem cultural’ num sentido especificamente jurídico<sup>44</sup>. Para esta Comissão, o bem cultural é definido como o “*il bene che costituisca testimonio materiale avente valore di civiltà*”<sup>45</sup>. O entendimento do que é bem cultural varia necessariamente, quer de sociedade para sociedade, quer dentro da mesma, com o passar do tempo. Estamos, assim, perante um conceito aberto, que deve ser concretizado recorrendo a um juízo valorativo multidisciplinar<sup>46</sup>, como decorre da própria noção de cultura que tem relevância aos mais variados níveis.

De notar ainda, como destaca ALVES CORREIA, que o valor cultural destes bens é sempre imaterial, não se identificando com o próprio bem, que constitui o simples suporte físico deste valor<sup>47</sup>. Aquele bem é qualificável como cultural não por qualquer qualidade intrínseca, mas por ter esse valor aos olhos daquela comunidade. O que é protegido é o seu valor, não o bem em si, mas o que este representa, embora, claro, isto implique que o bem físico, enquanto sustentáculo desse valor, tenha que ser tutelado.

<sup>42</sup> PIER GIORGIO FERRI, «Os bens culturais no direito italiano» in *Direito do Património...*, p. 114, vê nesta expressão uma “uma síntese descritiva de uma vasta tipologia de objetos materiais relativamente à qual o direito produz uma regulamentação específica, cujo fundamento pode ser unitariamente reconduzido ao reconhecimento, em tais objetos, de um valor de natureza cultural que se distingue, e em certo sentido se contrapõe, ao valor económico”. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 346, fala a este respeito de uma “*reductio ad unum* das situações jurídicas que envolvam bens do património cultural”.

<sup>43</sup> Esta Comissão foi constituída em 1964, ficando conhecida pelo nome do seu presidente, embora a sua designação oficial fosse: “*Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d’interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio*”, cfr. GIANNINI, *ob. cit.*, p. 5, CANTUCCI, *voce* «Beni culturali e ambientali» in *Novissimo Digesto Italiano* Appendice, Torino: UTET, 1980, p. 723-724, e ALIBRANDI/FERRI, *I beni Culturali e ambientali*<sup>2</sup>, colab. Ilaria Alibrandi, Milão: Giuffrè, 1995, p. 1013.

<sup>44</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165, diz que, primeiramente, se duvidava se a expressão corresponderia a uma categoria jurídica ou teria um valor meramente descritivo de alguns bens relevantes culturalmente. Mas, a doutrina italiana, em que se destacam autores como SANDULLI, GIANNINI, SANTORO PASSARELLI e ALIBRANDI/FERRI, ao debruçar-se aprofundadamente sobre este assunto, tem conseguido erguer este conceito como base de toda a construção do direito do património cultural. SANDULLI, *voce* «Beni Pubblici» in *Enciclopedia del Diritto* V, Giuffrè, 1959, p. 277 e s, refere-se a bens de interesse público, i.e., aqueles que realizam o interesse público, mesmo que na titularidade de privados, como o ambiente ou o património cultural, constituindo uma terceira categoria entre os bens privados e os bens do domínio público (v., sobre este autor, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 23, tendo as suas teses sido seguidas por autores como ZANOBINI, CANTUCCI e GRISOLIA). PIVA, *voce* «Cose d’arte» in *Enciclopedia del Diritto* XI, Giuffrè, 1962, p. 118-121, na esteira de SANDULLI, aplica a categoria dos bens de interesse público às obras de arte. Mas, foi GIANNINI que verdadeiramente ‘forjou’ a categoria dos bens culturais, em duas obras fundamentais: *I Beni Pubblici*, em 1963, e, ao aperfeiçoar a sua teoria, aplicando-a especificamente aos bens culturais, no artigo que temos vindo a citar.

<sup>45</sup> *Apud* GIANNINI, *ob. cit.*, p. 5.

<sup>46</sup> Neste sentido MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 166, e GIANNINI, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>47</sup> ALVES CORREIA, *ob. cit.*, p. 396. Em igual sentido, GIANNINI, *ob. cit.*, p. 26, e ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 18.

Esse valor implica, necessariamente, que existam restrições aos poderes dos proprietários desses bens<sup>48</sup>. Hoje, mesmo nos bens sem qualquer valor cultural, defende-se que a sua propriedade não é necessariamente irrestrita, mas antes deve sujeitar-se aos interesses gerais da comunidade, quando e na medida em que tal for necessário. Por isso, em relação aos bens culturais, GIANNINI entende que na mesma coisa coexistem dois bens, um de carácter meramente privado (a coisa como elemento material de interesses económicos) e outro cultural (a coisa como substrato físico de interesses culturais)<sup>49</sup>. A nota característica do bem cultural é a sua fruição coletiva, que deve ser assegurada pelo Estado, pelo que o bem não é público quanto à sua propriedade, mas quanto ao seu gozo. O valor do bem cultural e o seu reconhecimento jurídico levam a que se possam restringir os direitos e poderes do proprietário, de modo a que se assegure a fruição do bem.

A noção de bem cultural tem tido uma grande influência em Itália e em vários outros países<sup>50</sup>, tendo-se imposto como agregador dos anteriores bens dispersos integrados no património cultural<sup>51</sup>.

À volta destes bens surgem, necessariamente, uma série de normas jurídicas das mais diversas, formando o que podemos designar por direito do património cultural, que corta transversalmente os diversos ramos do ordenamento jurídico global<sup>52</sup>. Embora não constituindo um *corpus*

<sup>48</sup> Sobre a propriedade de bens culturais e as correspondentes restrições ao direito de propriedade, v. ALVES CORREIA, *ob. cit.*, *passim*, espec. p. 400-405, e GUZZI, «La proprietà dei beni culturali» in *Proprietà privata e funzione sociale*, dir. SANTORO-PASSARELLI, Padova: CEDAM, 1976, p. 375 e s.

<sup>49</sup> GIANNINI, *ob. cit.*, p. 24-26.

<sup>50</sup> Quer entre nós, como se vê claramente pela Lei do Património Cultural Português (Lei n.º 13/85, de 6 de julho) e agora pela Lei n.º 107/2001, quer em Espanha, na sua Lei do Património Histórico Espanhol (Lei 16/85, de 25 de junho) e em autores como GARCÍA DE ENTERRÍA, «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural» in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 39 (1983), *passim*, espec. p. 583-584, PÉREZ MORENO, «El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico» in *Revista de Derecho Urbanístico XXIV*, 119 (1990), p. 19-20, e RAMON PARADA, *Derecho Administrativo III*, 5.ª Edição, Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 286-287.

<sup>51</sup> Curiosamente, é em Itália que se levantam algumas vozes dubitativas em relação à possibilidade de integração de todos estes bens num conceito de bem cultural. Assim, CAVALLO, «La nozione di bene culturale tra mito e realtà: riletura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini» in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini II*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 113 e s, conclui que o 'bem cultural' não é definível, devendo antes falar-se de múltiplos 'bens culturais', como os bens arqueológicos, históricos, artísticos ou arquivísticos, com diferentes critérios para integrarem o património cultural. Para este autor, *ob. cit.*, p. 134-135, a noção de 'bem cultural' é uma mera síntese linguística, correspondente aos diversos bens culturais previstos no direito do património cultural. Apesar disso, ainda são vários os autores que destacam a importância da noção de 'bem cultural', como ROLA, «Beni culturali e funzione sociale» in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini II*, Milano: Giuffrè, 1988, p. 579, e ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 23-25, embora notando que a legislação italiana sobre o património cultural não trata os bens culturais como uma categoria unitária.

<sup>52</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 167. Assim, por exemplo, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito*

independente ou mesmo coerente<sup>53</sup>, podemos englobar nesta designação todas as normas relativas à definição e tutela do património cultural.

E, em quase todos os países, existem na Constituição, desde logo, regras gerais relativas ao património cultural, impondo ao Estado a obrigação de o preservar e defender, formando o que podemos designar por Constituição Cultural<sup>54</sup>. Vejamos, então, o que dispõe a nossa Constituição relativamente aos bens culturais e de que modo isso influencia os degraus inferiores da ordem jurídica.

### III. A Constituição Cultural

Na Constituição da República Portuguesa (CRP) são várias as normas que aludem à cultura<sup>55</sup> ou, mais especificamente, ao património cultural<sup>56</sup>, tendo uma natureza muito diversa. Assim, quase no início da Constituição, nas tarefas fundamentais do Estado (Art. 9.º da CRP) refere-se o “promover (...) a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais” (al. d). GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA entendem que esta regra corresponde a uma expressão do princípio do Estado social<sup>57</sup>, nas suas múltiplas vertentes,

*Civil Português I. Parte Geral II*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 81 e 88, entende que o Direito civil não se deve alhear da defesa do património cultural, devendo “acompanhar e dogmatizar toda esta evolução”.

<sup>53</sup> Em igual sentido, EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 209, excluindo do seu âmbito muitos dos diplomas legais que normalmente nele são integrados, como os que definem a orgânica dos serviços públicos, falando de “um direito da preservação e defesa do património existente, como consequência da estabilização de valores e princípios que se generalizam e que têm conteúdo jurídico”.

<sup>54</sup> JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 256, aceita com algumas reservas esta expressão, bem como expressões similares (como Constituição Penal, Constituição Económica, etc., de uso muito comum na doutrina), pois embora sejam úteis, podem conduzir a uma perda da unidade sistemática da Constituição ou à sua pulverização: “Não existe uma Constituição económica (ou uma Constituição cultural) independente da Constituição política ou uma Constituição penal contraposta à administrativa”. Apesar disso, usamos esta expressão, como o faz este autor apesar destas considerações, reportando-nos às várias regras constitucionais que têm algo a ver com a cultura e com o património cultural. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.ª Edição, Coimbra: Almedina, 1998, p. 330, alude também à Constituição Cultural, apoiando-se em doutrina alemã e italiana, e referindo-se especificamente neste âmbito ao “direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto”. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 26, afirma que a expressão Constituição Cultural, que igualmente adota, é de origem italiana.

<sup>55</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, entendem que cultura não é constitucionalmente um conceito elitista e individualista, não redutível à sua vertente subjetiva de ‘humanização interna’, incluindo, por exemplo, as várias tradições existentes, Propugnã, por isso, um “conceito aberto e universal de cultura, pois a democratização da cultura significa a possibilidade de fruição dos bens culturais de todas as épocas e de todos os povos («coexistência» e intercâmbio cultural)”.

<sup>56</sup> Abordaremos apenas as mais importantes, especialmente aquelas relativas ao património cultural. Para uma enumeração exaustiva destas normas, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 259-261 e 264-265, e também GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 330-332.

<sup>57</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94.

entre as quais se inclui a cultural, assim se realizando a democracia económica, social e cultural<sup>58</sup>.

No mesmo artigo, na sua alínea e), incumbe-se o Estado de “proteger e valorizar o património cultural do povo português”<sup>59</sup>. Esta última regra foi introduzida pela revisão de 1982, elevando a preservação do património cultural a uma das tarefas principais do Estado Português<sup>60</sup>.

Estas duas normas fazem parte da Constituição cultural objetiva<sup>61</sup>, pois impõem ao Estado o dever de cuidar do património cultural e de assegurar os direitos culturais dos portugueses. Por isso, há autores que usam a expressão ‘Estado Cultural’ ou ‘Estado de Cultura’<sup>62</sup>, para assinalar esta especial dedicação

<sup>58</sup> Sobre o princípio da democracia social, económica e cultural, v. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 318 e s., entendendo que tem a mesma dignidade constitucional dos princípios do estado de direito e da democracia política. O Art. 2.º, que contém vários dos princípios constitucionais mais importantes (como o do Estado de direito, o princípio democrático, etc.) refere-se especificamente à democracia cultural, afirmando que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático (...) visando a realização da democracia económica, social e cultural...”. Por isso, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, considera o elemento cultural como um fator de consolidação da democracia social, e o *Relatório Intercalar...*, p. 56, defende que o princípio democrático deve refletir-se necessariamente no regime jurídico do património cultural.

<sup>59</sup> A alínea f) do Art. 9.º, inserida na revisão de 1989, é também relativa a um dos componentes do nosso património cultural: a língua, encarregando o Estado de “Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa”.

<sup>60</sup> Cabe ao Estado, pois, “a defesa, proteção e valorização desses elementos caracterizadores da república portuguesa: o **património cultural**, a **natureza** e o **ambiente**”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94, destacado dos autores.

<sup>61</sup> A designação é de JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 259-260, onde expõe todas as normas constitucionais a ela pertencentes, entendendo que as ideias fundamentais da Constituição cultural objetiva são: “a preservação e a valorização da identidade cultural, a promoção da qualidade de vida e a abertura a relações culturais internacionais”, *ob. cit.*, p. 261. O *Relatório Intercalar...*, p. 55-56, faz a mesma divisão da Constituição cultural, apoiando-se, aliás, neste mesmo autor.

<sup>62</sup> Cfr. MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale XIX* (1976), p. 55, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 35, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 28. MOCCIA, «Riflessione sulla tutela penale dei beni culturali» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale XXXVI* (1993), p. 1303, refere-se a um “Estado para a cultura”, como resultado dos princípios constitucionais relativos à cultura na Constituição Italiana. Segundo PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 213, foi FICHTE quem utilizou pela primeira vez esta expressão, em 1806, mas apenas como sinónimo dos estados ocidentais europeus. A expressão ganhou força especialmente na Alemanha (*Kulturstaat*) e na Itália (*Stato di cultura*), depois de ser utilizada por BLUNTSCHLI e de ter sido acolhida no Art. 3º da Constituição da Baviera, em 1946: “A Baviera é um Estado de Direito, de Cultura e Social que serve o bem comum”. Para PRIETO DE PEDRO, esta fórmula tem sentido desde que reflita uma compreensão da cultura na sua ligação com o desenvolvimento da personalidade, assentando nos princípios da liberdade, pluralismo e progresso da cultura. Entre nós, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 256, rejeita a expressão por “envolver o risco de, implicitamente, pôr a cultura ao serviço do Estado ou toda dependente do auxílio do Estado, marginalizando a sociedade civil e podendo sacrificar a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais”. E como a Constituição Portuguesa é particularmente clara ao aliar os vários agentes culturais à realização da tarefa do Estado (cfr. Arts. 73.º e 78.º da CRP), não se pode querer reduzir a cultura apenas ao nível estatal. De qualquer modo, a expressão, desde que entendida como forma de destacar a assunção pelo Estado de um papel importante em relação à cultura, é perfeitamente aceitável, desde que se não hipertrofe essa função. Por isso, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA,

do Estado à cultura, no que é hoje entendido como uma das suas tarefas essenciais<sup>63</sup>.

Existem na Constituição diversas normas que concretizam este dever fundamental, como o Art. 66.º, n.º 2, al. c), cuja epígrafe é “Ambiente e qualidade de vida”<sup>64</sup>. Nele se diz que “Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: (...) c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico e artístico”. Para GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, a Constituição utiliza um conceito unitário de ambiente como “conjunto dos sistemas físicos químicos e biológicos e de fatores económicos e culturais”<sup>65</sup>. MIGUEL

*ob. cit.*, p. 361, usam a expressão, referindo-se ao Estado, em certa medida, como Estado Cultural ou de Cultura, pois é um Estado-de-Direito Cultural (vertente mais ligado ao respeito das liberdades culturais) e um Estado democrático cultural (relacionado com os vários direitos à cultura). Desenvolvidamente sobre a ação do Estado no domínio cultural desde o Antigo Regime até ao “Estado intervencionista pluralista e de cultura”, v. ANDRÉ-HUBERT MESNARD, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 19166,

<sup>63</sup> O *Relatório Intercalar...*, p. 67, relaciona o património cultural com outra tarefa fundamental, a de garantir a independência nacional, pois não basta uma independência meramente formal, mas também uma “capacidade de decisão autónoma quanto aos seus destinos de uma comunidade firmada numa História e com um projeto de futuro próprios”. O mesmo Relatório, apoiando-se em JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 260, entende que as normas constitucionais sobre o património cultural apenas têm sentido quando vistos em referência ao conceito de Nação, não usado expressamente na Constituição por reação às características nacionalistas da Constituição de 1933. Desenvolvidamente sobre os conceitos de povo, nação e nacionalidade, em geral e na Constituição Cultural espanhola, em especial sobre os problemas levantados pelas culturas das várias regiões autonómicas espanholas, v. PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 105-192.

<sup>64</sup> Vemos assim que o património cultural e o ambiente andam intimamente ligados, quer no seu entendimento como interesses difusos, quer na sua proteção, como refere quase toda a doutrina mais recente, cfr. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 88-98, destacando também o facto de serem ambos fins do Estado, a dimensão ‘natural’ da legislação do património cultural (quando, por exemplo, a Lei n.º 13/85 dava a definição de sítio como “obra do homem ou obras conjuntas do homem e da natureza – Art. 8.º, n.º 1, al. c) e a dimensão ‘cultural’ da legislação ambiental (v.g., quando integra os fatores culturais no ambiente – Art. 5.º, n.º 2, al. a da Lei de Bases do Ambiente). A tutela penal do ambiente está, entre nós, mais avançada que a do património cultural, dada a existência, desde a Revisão de 1995, de crimes autónomos (Arts. 278.º a 280.º do Código Penal – sobre os mesmos, v., por todos, o nosso texto, ainda inédito, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *Rios e Crimes Ambientais (A prática jurisprudencial)*, dado que “quanto ao direito penal “clássico”, os crimes mais relevantes do ponto de vista do ambiente e que constam do Código Penal são vários dos crimes de perigo comum”, integrados nos crimes contra a vida em sociedade, parecendo-nos que se deveria seguir a mesma solução para o património cultural, que deveria, dada até a similitude entre os dois bens jurídicos, já ter sido adotada em 1995, evitando a dispersão sistemática dos tipos relativos a bens culturais.

<sup>65</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 347, embora também se possam acentuar nesta noção certos aspetos, um dos quais é entender o ambiente como “uma ou mais zonas circunscritas do território particularmente importantes pela sua beleza, valor paisagístico, científico e histórico”.

NOGUEIRA DE BRITO chega a usar a expressão “visão ‘ecológica’ da cultura”<sup>66</sup> para se referir a esta conceção constitucional do património cultural.

O Art. 73.º proclama, genericamente, o direito de todos à cultura<sup>67</sup>, em que se deve incluir o património cultural, e também a obrigação do Estado promover a democratização da cultura e incentivar a criação e fruição cultural, em conjunto com as associações desta área (Art. 73.º, n.º 3).

O Estado deve também “[p]romover a salvaguarda e a valorização do património cultural, tornando-o elemento vivificador da identidade cultural comum” (Art. 78.º, n.º 2, al. c)<sup>68</sup>. Cabe, assim, ao Estado a promoção do património cultural, de modo a que este desempenhe a sua função positiva de integração na sociedade portuguesa, o seu papel na ‘vivificação’ da nossa identidade comum<sup>69</sup>. Está-se longe de uma mera proteção defensiva do património cultural, existindo antes uma atuação interventora do Estado e dos agentes culturais para o promover e valorizar<sup>70</sup>, característico de uma conceção dinâmica do património cultural.

Por outro lado, como já referimos, o património cultural também desempenha um papel importante no desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, tendo uma ligação forte ao ensino e à educação de todos<sup>71</sup>. Como bem entende Carla Amado Gomes, referindo-se a estas duas dimensões: “[a] interiorização dos sinais identificadores de uma cultura comum é

<sup>66</sup> MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *ob. cit.*, p. 165. Coincidentemente, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 88, utiliza a expressão “conceção ‘ecológica’ de património cultural”, o que reforça ainda mais a já referida ligação entre o ambiente e o património cultural.

<sup>67</sup> Segundo o *Relatório Intercalar...*, p. 57, o direito à cultura constante deste artigo tem, no sistema axiológico constitucional, o primado relativamente às restantes normas, embora isso não signifique que a Constituição Cultural se limite a ser apenas subjetivista e garantística.

<sup>68</sup> Que impõe ao Estado a “obrigação do Estado de não o destruir e de o defender”, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 378.

<sup>69</sup> Por isso, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 376, alude, no prolongamento desta ideia, que “promover um bem cultural, proporcionando a sua fruição coletiva, é inseri-lo no tempo presente com toda a sua carga histórica, é fazê-lo participar nas vivências do quotidiano”.

<sup>70</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 362, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 28, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, e CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *ob. cit.*, p. 75-76.

<sup>71</sup> O Art. 73.º, a que já aludimos, não se refere unicamente à cultura, mas também ao ensino: “Todos têm direito à educação e cultura”. Por outro lado, veja-se também que, na sistemática da CRP, as normas relativas ao ensino são imediatamente anteriores ao Art. 78.º, aquele mais ligado ao património cultural, talvez porque o ensino e o património cultural são extremamente importantes na formação e desenvolvimento de cada um de nós. Além disso, ambos são instrumentais na realização dos seus fins, pois o ensino é um meio fundamental para desenvolver o gosto pela fruição e defesa do património cultural, enquanto os bens culturais, por sua vez, desempenham uma importante função educativa.

fundamental para o reconhecimento de cada um de nós na nossa história, para consolidar o nosso sentimento de pertença à coletividade”<sup>72</sup>.

Exatamente por isso, existem também direitos fundamentais na área da cultura, que são o contraponto destes deveres estatais<sup>73</sup> de que o Art. 78.º, n.º 1, da CRP é o melhor exemplo, prescrevendo que “Todos têm o direito à fruição e criação cultural, bem como dever de preservar, defender e valorizar o património cultural”. A primeira parte corresponde ao desenvolvimento dos direitos culturais previstos no Art. 9.º, al. f)<sup>74</sup>, dando a todos o direito a fruir de todos os bens culturais num sentido amplo (não apenas aqueles pertencentes ao património cultural) e de participar na sua criação (Art. 78.º, n.º 1 e n.º 2, al. a e b)<sup>75</sup>. Os cidadãos têm também o dever de “preservar, defender e valorizar o património cultural”, usando os meios previstos na Constituição e na lei comum<sup>76</sup>. Se, por um lado, têm um direito a fruir do património cultural, têm também o dever de o preservarem e o direito/dever de impedirem a sua destruição, que corresponde a uma obrigação fundamental do Estado. Neste sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, em anotação ao Art. 78.º, entendem que a defesa do património cultural corresponde a “(a) um *dever* de todos de não atentar contra ele e de impedir a sua destruição (n.º 1, 2ª parte); (b) uma *obrigação* do Estado de não o destruir e de o defender (n.º 2/c); (c) um *direito* de todos os cidadãos de o defender, impedindo a destruição dele (art. 52º, n.º 3)”<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 344.

<sup>73</sup> Não se estando, pois, perante deveres unilaterais do Estado, mas antes correspondendo a direitos e deveres dos cidadãos, como justamente destacam GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 94-95. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 260-261, fala a este respeito da Constituição Cultural subjetiva, contraposta à já referida Constituição Cultural objetiva. Para o mesmo autor, neste âmbito as ideias fundamentais são as de liberdade cultural e de democracia cultural.

<sup>74</sup> E também já especificados no Art. 73.º da CRP, onde se lê, no seu n.º 1, que “Todos têm direito à educação e à cultura” e, no seu n.º 3, que “O Estado promove a democratização da cultura, incentivando e assegurando o acesso de todos os cidadãos à fruição e criação cultural, em colaboração com os órgãos de comunicação social, as associações e fundações de fins culturais, as coletividades de cultura e recreio, as associações de defesa do património cultural, as organizações de moradores e outros agentes culturais”.

<sup>75</sup> Confere-se assim a todos um verdadeiro direito de acesso e fruição cultural, já latente nos artigos anteriormente citados. Neste sentido, *Relatório Intercalar...*, p. 57.

<sup>76</sup> Este dever é um dever correlativo de um direito, como o entende GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 480, que refere expressamente o artigo 78.º, 1 da CRP. Por outro lado, e segundo o mesmo autor, é também um dos deveres económicos, sociais e culturais, distinto pois dos deveres cívico-políticos, numa distinção próxima da dicotomia direitos económicos, sociais e culturais/direitos, liberdades e garantias. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, prefere falar da vertente negativa do direito de fruição dos bens culturais.

<sup>77</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 378, itálicos dos autores. V. também, em resumo, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264-265. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 342, sintetiza este artigo do seguinte modo “existe uma imediata coresponsabilização de todos os cidadãos e entidades públicas e privadas na defesa

A Constituição distingue, em várias destas normas, entre proteger e valorizar o património cultural<sup>78</sup>. A proteção implica uma atuação do Estado no sentido de impedir a destruição do património cultural, através de normas restritivas e mesmo sancionatórias. Quanto à valorização, está relacionada com os direitos culturais dos cidadãos, visando um maior acesso e fruição dos bens culturais. A proteção deve estar sempre subordinada à valorização, pois só faz sentido conservar estes bens para serem acedidos pelos membros da comunidade<sup>79</sup>. Os bens culturais não servem para nada se ninguém os fruir, se não realizarem a sua função de formação e realização dos cidadãos. Se, anteriormente, se protegiam os bens, sem cuidar de propiciar o contacto de todos com eles, hoje as políticas de proteção dos bens devem procurar permitir a valorização dos bens, cumprindo as tarefas constitucionais.

Especificamente em relação ao direito de defesa do património cultural, este encontra-se muito facilitado pelo Art. 52.º, n.º 3, al. a), introduzido na revisão de 1982, que garante a possibilidade de recurso à função jurisdicional para fazer cessar as ofensas ao património cultural, através do direito de ação popular. Como, até há bem pouco, os quadros processuais da legitimidade limitavam a possibilidade de ação dos particulares e das associações por eles constituídas, a Constituição quis permitir amplamente o exercício do direito de defesa do património cultural, independentemente da existência de um interesse direto ou imediato de quem interpõe a lide. Por isso, se fala a este respeito de interesses difusos<sup>80</sup>, erodindo as noções clássicas de interesse a nível da legitimidade processual.

Quanto aos problemas levantados pela possibilidade de colisão entre o património cultural, como bem constitucionalmente protegido, com outros direitos fundamentais, a questão levanta-se especialmente em relação ao direito de propriedade. GOMES CANOTILHO dá, aliás, este caso como um dos exemplos da colisão entre direitos e bens jurídicos: “(1) o direito de propriedade privada pode ser transmitido em vida ou em morte (art. 62º),

e valorização dos bens culturais, materializada, quer na obrigação genérica de *non facere* – não provocar danos no património existente -, quer no específico chamamento do Estado às suas responsabilidades de promoção cultural”.

<sup>78</sup> *Relatório Intercalar...*, p. 65, considerando que estas duas expressões definem dois planos do ordenamento jurídico do património cultural: “regras de proteção dos suportes físicos das coisas” e “institucionalização e a dinamização dos modos da sua fruição pela coletividade”.

<sup>79</sup> Neste sentido, *Relatório Intercalar...*, p. 65, justificando-se com a matriz essencialmente humanista da Constituição.

<sup>80</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 281: “O objeto da ação popular é, antes de mais, a defesa de **interesses difusos**”, destacado dos autores.

mas o direito de transmissão e utilização é suscetível de sofrer restrições impostas pela necessidade de defesa do bem «património cultural»<sup>81</sup>.

Assim, a exigência de restrições, impostas pelo direito do património cultural, à livre disponibilidade ou utilização da coisa pelo seu proprietário corresponde, necessariamente, a uma compressão do direito de propriedade tal como é garantido pela Constituição. Mas, sabemos também que o direito de propriedade pode conflitar com uma outra série de bens, como o ambiente ou a qualidade de vida, resultando na imposição de limitações aos direitos dos proprietários. GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO falam a este respeito de uma “*vinculação social da propriedade (Sozialbindung des Eigentums)*”, devendo as restrições ao direito de propriedade ser as “estritamente necessárias para salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”<sup>82</sup>.

Ora, no caso dos bens culturais estamos perante valores de natureza comunitária, que dizem respeito a todos, e que justificam claramente as limitações impostas ao direito de propriedade<sup>83</sup>, falando-se a este respeito da referência comunitária dos direitos fundamentais ou da sua função social<sup>84</sup>. Claro que essas restrições apenas se justificam se e na medida em que forem necessárias para a preservação e a livre fruição dos bens culturais nas mãos de privados. A prevalência do património cultural sobre o direito de propriedade abre a possibilidade de se sancionar penalmente a destruição de bem cultural próprio, como parecem entender GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO: “não se compreenderia, por exemplo, que o proprietário de uma casa do século XV pudesse demoli-la livremente sem atender ao seu valor histórico, cultural ou artístico. Trata-se aqui de um caso extremo em que o interesse público na proteção do bem património cultural justificaria uma restrição ao direito de propriedade”<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1139. Em geral, sobre as colisões de direitos, v. GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1137-1164, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1987, p. 220-251

<sup>82</sup> GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, «Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa» in *Revista do Ministério Público XVI*, n.º 64 (1995), p. 15, itálicos dos autores. Neste artigo, os autores analisam um problema de conflito entre a função cultural de um bem (no caso, o Coliseu do Porto), a sua propriedade privada (pois os seus donos pretendiam alugar o recinto para aí se efetuarem cultos religiosos) e a liberdade religiosa.

<sup>83</sup> Neste sentido, GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, *ob. cit.*, p. 17: “No caso de conflito insuperável entre as duas pretensões, a ordem jurídica aponta claramente no sentido da primazia da fruição cultural sobre as utilidades económicas-patrimoniais”, como também entendem PÉREZ MORENO, *ob. cit.*, p. 731-732, e GARCÍA DE ENTERRIA, *ob. cit.*, p. 584-585.

<sup>84</sup> GOMES CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 1138, e VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p.52-53.

<sup>85</sup> GOMES CANOTILHO/JÓNATAS MACHADO, *ob. cit.*, p. 17.

Estes direitos e deveres fundamentais relativos ao Património Cultural são, entre nós e na generalidade dos países, relativamente recentes, correspondendo à rejeição dos postulados do Estado Liberal e à assunção do Estado-de-Direito Social<sup>86</sup>, constituindo parte dos chamados direitos de terceira geração. Se, anteriormente, o Estado se limitava a ser um mero sujeito passivo, porque constringido pelo direito de propriedade e pelas liberdades garantidas, agora toma um papel interventor, mesmo que afetando os direitos [individuais] dos cidadãos.

Assim, originalmente, o Estado apenas cuidava dos bens que estivessem na sua titularidade e, esporadicamente, podia, em casos de manifesto interesse nacional, intervir em bens de outrem. Veja-se que após a Revolução Liberal, num dos atos mais lesivos dos bens culturais em Portugal, vendeu ao desbarato os bens das ordens religiosas, não obstante o interesse cultural que detinham. O que levou a que estes bens fossem destruídos, dispersados ou deixados na incúria durante largos períodos de tempos, sem que se fizesse algo para os preservar. Qualquer pessoa que veja o estado em que se encontrou durante muito anos o Mosteiro de Salzedas, só para dar um exemplo que visitamos antes do ano 2000<sup>87</sup>, notará o modo como a sua venda se refletiu no estado de ruína em que se encontravam os claustros e a própria igreja<sup>88</sup>.

Por isso, nas primeiras constituições portuguesas não existia nenhuma norma relativa à proteção do património cultural, nem se previa qualquer direito ou dever dos cidadãos o defenderem<sup>89</sup>. A Constituição de 1933 dá um

<sup>86</sup> Sobre este conceito, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 54, que entende que corresponde a uma conceção social-liberal dos direitos fundamentais, existente em quase todos os países da Europa. Sobre o processo de socialização dos direitos fundamentais superando as teses liberais, v. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 48-54. Acerca da influência desta mudança na proteção do património cultural, cfr. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 26-27, considerando que no Estado Social se verificam as seguintes características: constitucionalização do património cultural; submissão da propriedade privada à proteção do património cultural; política mais ativa e interventiva do Estado em relação ao património cultural; ampliação do conceito de património cultural e superação das divisões tradicionais entre o património cultural e outras áreas, como o direito do ambiente e o direito urbanístico.

<sup>87</sup> Já não voltamos ao mesmo há muitos anos, tal como sucede com São João de Tarouca, sendo que terão sido, mais recentemente, objeto de obras de restauro – v. <https://culturanoorte.gov.pt/patrimonio/mosteiro-de-santa-maria-de-salzedas/> e <https://culturanoorte.gov.pt/patrimonio/mosteiro-de-sao-joao-de-tarouca/>.

<sup>88</sup> Embora também se deva referir que o Mosteiro foi atacado pelos populares em fúria durante a guerra generalizada na época, incendiando-o parcialmente, furiosos por terem de submeter aos tributos devidos a um dos maiores proprietários de toda aquela zona. Mas, de qualquer modo, são variados os casos de conventos de que ficaram apenas as fachadas a lembrar a sua antiga magnificência e o poder que exerciam. Em São João de Tarouca, por exemplo, o edifício principal do convento foi durante séculos um edifício oco, de que apenas restavam as pedras exteriores, quando ainda aí se mantém, porque qualquer um que veja as casas que o rodeiam notará as pedras lavradas, dele retiradas, que foram sendo levadas pelos vizinhos do Mosteiro.

<sup>89</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 257, enumerando as normas relativas à cultura nas Constituições Liberais e da Constituição republicana de 1911, em que avultavam as regras que tratavam do ensino,

passo tímido em frente, pois dela constava, no Art. 52.º, um preceito relativo à proteção pelo Estado dos “monumentos artísticos, históricos e naturais, e os objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais”<sup>90</sup>. Mas, este artigo corresponde ainda a um “estado embrionário da proteção constitucional do património”<sup>91</sup>, pois o Art. 52.º insere-se no título relativo ao domínio público e privado do Estado, correspondendo a uma visão altamente estatizante do património cultural, que seria melhor protegido com a propriedade pública desses bens, sacrificando os interesses privados<sup>92</sup>. Por outro lado, a obrigação do Estado seria meramente defensiva, passiva, de proteção do Estado, muito distante, como vimos, do disposto na CRP atual<sup>93</sup>.

Será, pois, na Constituição de 1976<sup>94</sup> que o termo ‘património cultural’ é pela primeira vez utilizado no texto constitucional<sup>95</sup>, no texto original do Art. 78.º, da seguinte forma: “O Estado tem a obrigação de defender e proteger o património cultural português”<sup>96</sup>. Está-se ainda próximo da conceção passiva, unicamente preservadora, da Constituição de 1933, mas agora já não restrita aos bens estatais. Na revisão de 1982 dá-se um grande passo em frente, ao encontro de um entendimento mais interventor e ativo da função estatal, alargando-se o âmbito do Art. 78.º, de modo a prever a fruição e criação cultural e a participação dos vários agentes culturais, tal como o direito de fruir e o dever de defender o património cultural<sup>97</sup>. É também nesta revisão que a proteção e valorização do património cultural são elevadas a uma das tarefas fundamentais do Estado, no desenvolvimento do princípio da democracia

v.g., a gratuidade da instrução primária

<sup>90</sup> Sobre este artigo, v. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 340-341, nota 12, JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258, e EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 229-231, que vê neste artigo uma conceção autoritária e protecionista do Estado, embora também destaque o alargar do conceito de cultura ao incluir os monumentos naturais, o que representa uma das tendências presentes no texto constitucional atual, em que a cultura e o ambiente estão interligados, como já vimos.

<sup>91</sup> CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 12, embora JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258, considere este artigo como quase não tendo paralelo no estrangeiro.

<sup>92</sup> Cfr. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 230, que considera o Decreto n.º 20.985 como o desenvolvimento desta ideia, ainda muito presente na LPCP.

<sup>93</sup> Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341, nota 12.

<sup>94</sup> Sobre os projetos que deram origem à Constituição de 1976, no que diziam respeito ao património cultural, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264.

<sup>95</sup> Embora a expressão utilizada no Art. 52.º da Constituição de 1933 lhe possa ser aproximada, todavia com um carácter muito mais substancialista (relativo a bens materiais) e monumentalista do que o modo mais lato e não restritivo como é entendido o termo ‘património cultural’ na Constituição de 1976.

<sup>96</sup> Sobre o texto original da Constituição de 1976, v. EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, *ob. cit.*, p. 231-232, e JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>97</sup> Sobre esta revisão v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 264, e CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 341.

económica, social e cultural. A revisão de 1989 manteve este regime nos seus termos básicos, embora tenha havido a introdução da ação popular, que, como vimos, pode ser promovida para a defesa do património cultural.

A evolução da Constituição Cultural portuguesa, que acabamos de expor, tem muitos paralelos com a experiência colhida no direito constitucional comparado. Segundo JORGE MIRANDA, foi a Constituição de Weimar, em 1919, que pela primeira vez se referiu ao património cultural, ao prever a sua proteção e valorização pelo Estado e devendo este prevenir a sua saída do país<sup>98</sup>. Grande parte das várias Constituições que se lhe seguiram, acabaram por contemplar, dos modos mais variados, o património cultural<sup>99</sup>, como aconteceu na Constituição portuguesa de 1933.

Vejam, então, o que preveem algumas das Constituições de outros países. Na Espanha<sup>100</sup>, a Constituição de 1978 é bastante próxima da nossa, pois a cultura é também uma tarefa fundamental do Estado, que deve facilitar a participação dos cidadãos na vida cultural (Art. 9.º, n.º 2). De entre o restante conjunto de normas da Constituição Cultural espanhola, avultam os Art. 44.º, 45.º e 46.º. O Art. 44.º obriga o Estado a promover e tutelar a cultura, a que todos deverão ter acesso, enquanto o Art. 45.º, n.º 1 atribui a todos um direito a um meio ambiente adequado ao desenvolvimento da sua personalidade e um dever de o conservar. Para SALINERO ALONSO, neste último artigo está também previsto o património cultural, pois usa-se uma noção ampla de ambiente, embora tal não seja unânime na doutrina espanhola<sup>101</sup>. Quanto ao Art. 46.º, ele dispõe expressamente que “Os poderes públicos garantirão a conservação e promoverão o enriquecimento do património histórico, cultural e artístico dos povos de Espanha e dos bens que o integram, qualquer que seja o seu regime

<sup>98</sup> Art. 150.º da referida Constituição, cfr. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 263. Segundo PRIETO DE PEDRO, *ob. cit.*, p. 21-22, nota 11, foi a Constituição Mexicana de 1917 a primeira a utilizar o vocábulo ‘cultura’, no seu artigo 3.º, referindo que a educação “a) será democrática, considerando a democracia não unicamente como uma estrutura jurídica e um regime político, mas também como um sistema de vida fundado no constante melhoramento económico, social e cultural do povo; b) será nacional, enquanto – sem hostilidades nem exclusivismos – atenderá à compreensão dos nossos problemas, ao aproveitamento dos nossos recursos, à defesa da nossa independência política, ao assegurar da nossa independência económica e à continuidade e crescimento da nossa cultura”, itálicos do autor.

<sup>99</sup> Para um repertório exaustivo dessas Constituições, v. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 263.

<sup>100</sup> Sobre o que segue, v. BASSOLS COMA, «El patrimonio histórico español: aspectos de su regimen juridico» in *Revista de Administración Pública* 114 (1987), p. 93-95, PÉREZ MORENO, *ob. cit.*, p. 14-33, e, detalhadamente, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 29-42, analisando também o Art. 45.º da Constituição Republicana espanhola de 1931, que foi pioneiro em relação ao património cultural, ao dispor amplamente sobre a sua proteção e inventariação, abrangendo todos os bens com interesse histórico e artístico, independentemente de serem ou não de titularidade pública.

<sup>101</sup> SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 35-38, em relação aos autores de posição contrária, v. *ob. cit.*, p. 35, nota 25.

jurídico e a sua titularidade. A lei penal sancionará os atentados contra este património<sup>102</sup>. Estamos, assim, perante uma imposição ao legislador penal no sentido de punir os ataques ao património cultural<sup>103</sup>. A Constituição Italiana de 1947 não vai tão longe, impondo ao Estado, no seu Art. 9.º da Constituição Italiana, apenas a tarefa de promover a cultura e de tutelar o património histórico e artístico da nação<sup>104</sup>, deixando à liberdade do legislador os meios para o fazer.

No Brasil<sup>105</sup>, a Constituição de 1988 dedica uma secção exclusivamente à cultura, com uma extensão pouco comum no direito comparado, ainda mais desenvolvida, de resto, com a Emenda Constitucional n.º 48, de 10 de agosto de 2005<sup>106</sup>. Assim, o Art. 215.º obriga o Estado a garantir o acesso à cultura nacional e apoiar a valorização e difusão das manifestações culturais<sup>107</sup>. O artigo seguinte dirige-se expressamente ao património cultural, que define como “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória

<sup>102</sup> Sobre este artigo v. MUÑOZ CONDE, «El tráfico ilegal de obras de arte» (cit. *Tráfico...*) in *Estudios Penales y Criminológicos* XVI (1993), p. 402-404, CARMONA SALGADO, «Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico» in *Curso de Derecho Penal. Parte Especial II*, dir. de COBO DEL ROSAL, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 34-36, e, minuciosamente, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 4865.

<sup>103</sup> GONZÁLEZ RUS, «Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico» in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLVIII (1995), p. 39-40, considera este artigo como uma “inoportuna manifestação de zelo protetor”, incongruente com o silêncio constitucional em relação a bens jurídicos mais relevantes e passível de conflitar, dada a sua formulação incondicionada, com o princípio da intervenção mínima, se não for corretamente interpretado.

<sup>104</sup> Cfr. MANTOVANI, «Lineamenti della tutela penale del patrimonio artistico» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* XIX (1976), p.55-61, GIANNINI, *ob. cit.*, p. 4-5, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 35-38, e PIVA, *ob. cit.*, p. 93-95. ROLLA, *ob. cit.*, p. 573, identifica neste artigo um objetivo: promover o desenvolvimento cultural da comunidade, beneficiando a pesquisa científica e a promoção da personalidade humana.

<sup>105</sup> V., descrevendo a evolução do direito constitucional brasileiro e fazendo uma análise da Constituição vigente, RAMOS RODRIGUES, «A evolução da proteção do património cultural. Crimes contra o ordenamento urbano e o património cultural» in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* VII, n. 26 (1999), p. 96-103. O autor refere que já as Constituições de 1934 e de 1937 continham disposições destinadas a proteger o património cultural, devendo esta última constituição, serem equiparados os atentados contra este aos atentados contra o património nacional (Art. 134.º). As Constituições de 1946 e 1967 recuaram a este respeito ao conterem simples normas programáticas, dispondo que os bens com valor histórico e artístico ficavam sobre a proteção do Estado. Por isso, a Constituição de 1988 representa uma rutura com a tradição constitucional imediatamente anterior, que segundo RAMOS RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 100, está feita de uma forma feliz.

<sup>106</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/Emendas/Emc/emc48.htm#art1](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc48.htm#art1).

<sup>107</sup> No Art. 215.º, §1, vê-se um claro aforamento do multiculturalismo, ao prever-se que “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares indígenas e afro brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, o que é natural dado o grande número de blocos étnicos e culturais existentes no Brasil, país que é resultado desse encontro de povos e culturas. Por isso, o §2 do mesmo artigo, dispõe sobre a fixação pela lei de datas comemorativas com significado “para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileiras”, seguindo-se uma enumeração de alguns dos bens aí expressamente incluídos<sup>108</sup>. Finalmente, de entre as normas com mais interesse para o direito penal, o Art. 216.º, §4, prevê a punição nos termos da lei dos danos e ameaças para o património cultural, aproximando-se da Constituição Espanhola.

Como vemos, as várias Constituições referem-se ao património cultural em termos bastante aproximados da Constituição Portuguesa, longe das conceções passivas de mera preservação. Isto mesmo em países onde o texto constitucional é bastante lacónico em relação aos bens culturais, como acontece na Alemanha, por força da interpretação jurisprudencial<sup>109</sup>.

É importante destacar o relevante papel que desempenhou o direito internacional e da União Europeia no reconhecimento da necessidade de proteção e valorização do património cultural pelos textos constitucionais. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhecia, no seu Art. 27.º, n.º 1, que “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam”<sup>110</sup>. Este artigo prevê, assim, o direito de fruição e liberdade cultural e de acesso aos bens culturais, como, mais desenvolvidamente, consta da nossa Constituição.

Ainda em relação ao direito internacional<sup>111</sup> devem também destacarse as múltiplas convenções elaboradas no âmbito da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* - a agência da Organização

<sup>108</sup> Como as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, Art. 216.º, n.º I a V. Segundo RAMOS RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 102, estamos perante uma lista exemplificativa, pois o legislador “deixou em aberto a possibilidade de construção de novos tipos de bens culturais”. Por outro lado, o facto de os bens com valor ecológico fazerem parte do património cultural, significa, para este autor, a adoção das conceções italianas de bens ambientais num sentido global, independentemente de serem ou não fruto da ação humana, e leva a uma grande interligação entre o direito ambiental e do património cultural.

<sup>109</sup> Cfr. SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 41, analisando a *Grundgesetz* de 1949.

<sup>110</sup> V. sobre este artigo, *Relatório Intercalar...*, p. 77, nota 71, e JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 261, entendendo que completa ou elucida as normas relativas aos direitos culturais, dada a sua receção na ordem jurídica portuguesa. Segundo este último autor, outras normas fundamentais culturais são o Art. 15.º, n.º 1, al. a) do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a Declaração de Princípios de Cooperação Cultural Internacional e a Convenção para a Proteção do Património Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

<sup>111</sup> Importante também é a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de maio de 1940, porque grande parte dos bens culturais são propriedade da Igreja ou estão ao seu serviço. Sobre a Concordata, v. *Relatório Intercalar...*, p. 78-79, e, para uma visão de conjunto, VASCO PEREIRA DA SILVA, «O património cultural da Igreja» in *Direito do Património Cultural*, coord. de JORGE MIRANDA, JOÃO MARTINS CLARO e MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 475-497 e bibliografia aí citada.

das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura))<sup>112</sup>, sendo que o Conselho da Europa tem também adotado outras convenções relativas à mesma matéria<sup>113</sup>. Ao mesmo tempo, várias organizações, como o Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios (ICOMOS) ou Congressos de Arquitetos e Técnicos de Conservação, adotaram cartas relativas, entre outros assuntos, ao Património Cultural<sup>114</sup>. O direito da União Europeia tem também intervindo abundantemente no sentido de regular algumas questões relativas ao Património Cultural<sup>115</sup>.

O direito internacional e da União Europeia têm evoluído no sentido de, após definidas as regras gerais do património cultural, se preverem regimes particulares para casos específicos (como o património cultural subaquático ou os conjuntos urbanos<sup>116</sup>, por exemplo). Aliás, esta tendência também se verifica no direito constitucional, onde de normas genéricas, muitas vezes apenas apontando princípios gerais e meramente programáticos, se passou

<sup>112</sup> V., em geral, MANUELA GALHARDO, *ob. cit.*, p. 95-96, *Relatório Intercalar...*, p. 80-96 e CASALTA NABAIS, *ob. cit.*, p. 146-149. O texto integral destas convenções e de outras relevantes para o património cultural pode ser encontrado em JORGE A. B. FERREIRA, *Direito do Património Histórico-Cultural. Cartas, Convenções e Recomendações Internacionais, Atos Comunitários*, Coimbra: Centro de Estudos e Formação Autárquica, 1998, p. 183-298. Sobre a importância da Convenção de 1954, v. CARLOS ADÉRITO FERREIRA, *ob. cit.*, p. 71-72, e, para uma análise da Convenção de 1972, ALIBRANDI/FERRI, *ob. cit.*, p. 41. Esta última convenção foi aprovada, para ratificação, pelo Decreto n.º 26/85, publicado no Diário da República, I Série, de 26 de julho de 1985, enquanto a Convenção de 1970 foi aprovada pelo Decreto n.º 49/79, publicado no Diário da República, I Série, de 6 de junho de 1979 (cfr. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, «Direito do Património Cultural – Breve Resenha» in *Direito do Património...*, p. 532, com as datas do depósito do instrumento de ratificação e do respetivo aviso, que não foi publicado no primeiro caso).

<sup>113</sup> A primeira foi aprovada pelo Decreto n.º 39/82, publicado no Diário da República, I Série, de 2 de abril de 1982, e a última pela Resolução da Assembleia da República n.º 5/91 e ratificada pelo Decreto n.º 5/91, ambos publicados no Diário da República, I Série-A, de 23 de janeiro de 1991 (v. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 533.)

<sup>114</sup> Cfr. os textos das várias Cartas relativas ao Património Cultural em JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 15-182. O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) adoptou em 1992 uma Convenção sobre os bens culturais roubados ou ilicitamente transportados, v., ainda sobre o projecto que se veio a converter no Convenção, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, «Projeto de Convenção da UNIDROIT sobre a restituição internacional dos bens culturais roubados ou ilicitamente exportados» in *Direito do Património...*, p. 61-94.

<sup>115</sup> V.g., a restituição de bens culturais transportados ilicitamente de um dos membros da União Europeia, cfr. Diretiva 93/7/CEE, do Conselho, de 15 de março, e Diretiva 96/100/CEE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de fevereiro de 1997, ou a exportação de bens culturais, cfr. Regulamentos (CEE) n.º 3911/92, do Conselho, de 9 de dezembro de 1992, e 752/93, da Comissão, de 30 de março de 1993. V. estes e os restantes atos comunitários em JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 347 e s, e, para uma análise geral do direito então ainda comunitário do património cultural, *Relatório Intercalar...*, p. 97-123, e CASALTA NABAIS, *ob. cit.*, p. 148-149.

<sup>116</sup> Neste sentido, SALINERO ALONSO, *ob. cit.*, p. 43-44. V. para um exemplo desta tendência a Convenção Europeia para a Proteção do Património Arqueológico (1969) e a Carta internacional para a Salvaguarda das Cidades Históricas (1987) in JORGE A. B. FERREIRA, *ob. cit.*, p. 263-275 e p. 57-63

para normas diversificadas e mais concretizadas, definindo verdadeiros direitos e deveres culturais. Foi de resto o que se passou entre nós, bastando para tal confrontar a Constituição de 1933 e, ainda em grande medida, a Constituição de 1976 com o texto constitucional em vigor atualmente.

Após esta análise ao nível dos degraus superiores do ordenamento jurídico, do direito constitucional ao direito internacional, passaremos agora para uma muito breve referência à jurisprudência constitucional nesta matéria.

#### IV. A (praticamente inexistente) jurisprudência constitucional relativa ao património cultural

Uma simples pesquisa na Base de Dados de Acórdãos do Tribunal Constitucional sobre matérias ligadas ao património cultural<sup>117</sup> apresenta apenas treze acórdãos como resultado, o que mostra bem a pouca relevância desta matéria a nível jurisprudencial constitucional, pelo menos numericamente. De resto, grande parte desses arestos não estão diretamente relacionados com o património cultural e a sua tutela emergente da Constituição Cultural, mas antes com questões laterais ou que só indiretamente dizem respeito ao mesmo<sup>118</sup>, como matérias fiscais.

Todavia, cumpre destacar o Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) n.º 115/2021<sup>119</sup>, muito interessante porque diz respeito, *inter alia*, à compatibilização entre o direito de propriedade e a proteção do património cultural, decidindo, a final, “[n]ão julgar inconstitucional a interpretação extraída do n.º 3 do artigo 13.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, segundo a qual, para os efeitos ali previstos, encontram-se na circunstância a que alude a alínea d) do n.º 4 do artigo 51.º da Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro, na redação dada por aquela Lei, os imóveis em que funciona um estabelecimento

<sup>117</sup> Em <https://acordaosv22.tribunalconstitucional.pt/>, com os descritores “Património cultural”, “Proteção do património cultural” e “cultura”.

<sup>118</sup> Alguns exemplos: o Acórdão n.º 403/89, em que se decidiu “declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, por violação do artigo 231.º, n.º 2, da Constituição e apenas na medida da sua aplicação à Região Autónoma dos Açores, das seguintes disposições da Lei n.º 13/85, de 6 de Julho”, o Acórdão n.º 416/02, relativo aos benefícios fiscais concedidos a bens culturais classificados, e o Acórdão n.º 95/2023, em que se decidiu “Não julgar inconstitucional a interpretação conjugada do artigo 82.º, e da alínea c) do artigo 88.º, da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de dezembro, no sentido de a notificação prevista nesta alínea configurar uma forma de reconhecimento de que a extinção da isenção de IMI, aplicável até 31 de dezembro de 2006 aos imóveis globalmente classificados como de interesse público, de valor municipal ou património cultural ao abrigo da alínea n) do n.º 1 do artigo 40.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (na redação então vigente), ocorre no exato momento em que os prédios deixam de poder beneficiar da mesma por não cumprirem os requisitos legalmente exigidos para o efeito, ou seja, à data da entrada em vigor da Lei do Orçamento do Estado para 2007”.

<sup>119</sup> Que pode ser consultado em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210115.html>.

comercial de efetivo interesse histórico cujo pedido de reconhecimento como tal, tendo sido apresentado antes do termo do contrato de arrendamento em vigor, apenas vem a ser deferido pelo município depois dessa data por facto não imputável ao arrendatário”<sup>120</sup>.

Este aresto debruçou-se, como se alcança, sobre uma norma decorrente do “novo regime legal de *reconhecimento e proteção dos estabelecimentos e entidades de interesse histórico e cultural ou social local*, aprovado pela Lei n.º 42/2017, de 14 de junho. Esta Lei procede ao enquadramento, no plano nacional, da situação de estabelecimentos e entidades que, pelo seu interesse histórico, cultural e social – de âmbito local –, devem ser reconhecidos e protegidos”, dado que as “alterações introduzidas pela Lei n.º 42/2017, de 14 de junho à Lei n.º 6/2006, de 27 de fevereiro (NRAU), no que releva para a situação dos autos sub judice, traduziram-se na introdução da nova alínea d) no n.º 4 do artigo 51.º, passando a prever-se que a existência no locado de um estabelecimento ou uma entidade de interesse histórico e cultural ou social local reconhecidos pelo município, nos termos do respetivo regime jurídico, seja mais uma circunstância invocável pelo arrendatário em face da comunicação pelo senhorio (nos termos do artigo 50.º do NRAU) da intenção de transição para o NRAU e da atualização da renda do contrato de arrendamento não habitacional. A assinalada alteração no NRAU – aditamento da nova alínea d) do n.º 4 do artigo 51.º –, no contexto desse regime, tem como resultado uma maior proteção do arrendatário em face da possibilidade de alteração, por iniciativa do senhorio, do regime do contrato de arrendamento (para fins não habitacionais) anteriormente celebrado para a sua submissão ao NRAU e da intenção de atualização da renda, seja por aplicação do artigo 54.º, n.º 1 do NRAU – que prevê que caso o arrendatário invoque e comprove uma das circunstâncias previstas no n.º 4 do artigo 51.º, o contrato só fica submetido ao NRAU mediante acordo entre as partes ou, na falta deste, no prazo de 10 anos a contar da receção, pelo senhorio, da resposta do arrendatário nos termos do n.º 4 do artigo 51.º–, seja por aplicação do próprio regime transitório estabelecido no n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 42/2017, de 14 de junho”.

No processo que deu origem a este acórdão foi alegado que existiria “violação dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da proteção da

<sup>120</sup> V., sobre a Lei n.º 42/2017, de 14 de junho, RUI DUARTE, *A Lei n.º 42/2017, de 14/06: uma visão panorâmica – Do procedimento de reconhecimento de interesse histórico e cultural ou social local, em especial*, consultado em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/07/20170707-ARTIGO-JULGAR-Lei-42-2017-vis%C3%A3o-panor%C3%A2mica-Rui-Duarte.pdf>, referindo que “Por via da Lei n.º 42/2017, de 14/06, é introduzido no ordenamento jurídico nacional um novo regime cujo objeto é o reconhecimento e proteção dos estabelecimentos e de entidades de interesse histórico e cultural ou social” (p. 1).

confiança derivados do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e considera que a mesma interpretação consubstancia uma restrição ilegítima do direito de propriedade (artigo 62.º da CRP), proibida à luz do artigo 18.º da Constituição”, sendo que o Tribunal Constitucional entendeu, antes que “a medida legislativa sindicada apresenta o específico propósito de salvaguarda dos valores históricos e culturais e sociais locais associados à atividade comercial exercida no locado. Recorde-se que o universo abrangido pela «proteção» conferida pela Lei n.º 42/2017, de 12 de junho, e especificamente pela norma contida no n.º 3 do artigo 13.º da mesma lei aqui em análise, não se dirige a todos ou à generalidade dos arrendamentos celebrados para outros fins (que não habitacionais), mas apenas àqueles em que «existe no locado um estabelecimento ou uma entidade de interesse histórico e cultural ou social local reconhecidos pelo município, nos termos do respetivo regime jurídico»”.

O Tribunal Constitucional fez, assim, o confronto e a ponderação dos interesses em causa com essa restrição ao direito de propriedade, concluindo, depois de convocar e aplicar o princípio da proporcionalidade a essa limitação concreta ao direito de propriedade do dono do prédio locado, que “as razões de interesse público que justificam a compressão do direito de propriedade – salvaguarda dos valores patrimoniais culturais em presença, gestão urbanística dirigida à salvaguarda do património urbano em articulação com a valorização e revitalização do tecido urbano em que aqueles estabelecimentos ou entidades se inserem –, assim configurando uma credencial constitucional bastante para o condicionamento imposto ao proprietário” e que a “norma sindicada nos presentes autos, não viola o princípio da proporcionalidade aferido nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição”.

Quanto à tutela conferida constitucionalmente ao património cultural, escreveuse, corretamente, que “a preservação e valorização dos estabelecimentos e entidades «de interesse histórico e cultural ou social local» não pode deixar de convocar a proteção constitucional do património cultural, tarefa primeiramente (embora não exclusivamente) cometida ao Estado, logo em sede de enunciação das respetivas tarefas fundamentais. Assim, a alínea e) do artigo 9.º da CRP incumbe o Estado de «*proteger e valorizar o património cultural do povo português*, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correto ordenamento do território». E, por imperativo constitucional decorrente do artigo 78.º (Fruição e criação cultural), onde se estabelece que todos têm direito à fruição e criação cultural, bem como o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (n.º

1), cabe ao Estado, em colaboração com todos os agentes culturais, incentivar o acesso de todos os cidadãos aos meios e instrumentos de ação cultural, apoiar as iniciativas que estimulem a criação individual e coletiva, promover a salvaguarda e a valorização do património cultural, desenvolver as relações culturais com todos os povos e articular a política cultural e as demais políticas sectoriais (n.º 2). (...) Em grande medida o escopo do regime de proteção previsto na Lei n.º 42/2017 procura salvaguardar os interesses públicos protegidos pelo artigo 78.º da Constituição e os direitos (e deveres) que lhes estão associados. Isto, atentos os critérios de reconhecimento das entidades e estabelecimentos que o legislador elegeu no artigo 4.º da mesma lei (na linha, aliás, dos critérios anteriormente estabelecidos a nível municipal, seja no programa «Lojas com História», seja no programa «Porto de Tradição»), por referência à atividade desenvolvida, ao património material e ao património imaterial – distinguindo, designadamente, a longevidade, o contributo para a história local, a identidade própria ou a originalidade e diferenciação da atividade desenvolvida; a existência de elementos patrimoniais notáveis, nomeadamente artísticos, seja no local edificado, seja nos respetivos elementos decorativos ou funcionais, seja no próprio acervo; e a importância do estabelecimento ou entidade enquanto referência viva para a cultura local, a memória coletiva e a história e, deste modo, para a construção da identidade do tecido urbano em que se localizam, bem como para a preservação e divulgação dos bens culturais patrimoniais ou intangíveis que integram, servindo, assim, o direito da respetiva fruição pelo público. Ora, a permanência do estabelecimento ou entidade no locado, dada a indissociável ligação entre a atividade ali desenvolvida e a preservação e valorização dos valores patrimoniais em presença, serve também a finalidade de proteção dos bens e valores culturais a que o artigo 78.º da Constituição dedica específica atenção”.

Se, como se sabe, nem sempre é fácil a conciliação entre o direito de propriedade e a tutela do património cultural (até porque muitas vezes os interesses dos proprietários são contrários à da proteção dos próprios bens culturais que lhes pertencem), deve-se procurar fazer, como ocorreu de forma bem concreta neste acórdão, a ponderação e compatibilização dos mesmos, por forma a não sacrificar excessivamente qualquer um desses direitos e interesses constitucionalmente protegidos, tentando obter, como se considera que sucedeu aqui, algum grau de equilíbrio entre esses interesses muitas vezes não totalmente compagináveis.

## V. Conclusão

A CRP, como resulta do já exposto, dedica uma grande atenção à cultura e à proteção do património cultural, mas a verdade é que são muito poucos os arestos da jurisdição constitucional relativos a esta área, tal como sucede noutras jurisdições, como, paradigmaticamente, a penal (apesar de sabermos que são múltiplos os atentados a bens culturais classificados, alguns dos quais, aliás, da responsabilidade das entidades públicas que mais deveriam cuidar dos mesmos).

Essa escassa produção jurisprudencial é, infelizmente, sintomática de alguma falta de relevância e importância prática da tutela do património cultural, que fica muitas vezes no domínio das boas intenções, em particular quando estão em causa bens privados ou bens que atingiram um maior grau de degradação ou cuja requalificação implica um maior esforço para o erário público.

De todo o modo, cumpre destacar que não é propriamente no âmbito constitucional que estão os principais escolhos e obstáculos à proteção do património cultural, dado que o Tribunal Constitucional se assume, entre nós, como um “tribunal de normas”<sup>121</sup> e não propriamente como uma instituição/tribunal que tenha como função, em primeira linha, assegurar a tutela, conservação e fruição dos bens culturais ou prevenir e punir a sua danificação ou destruição.

Apesar disso, é importante notar que o Acórdão do TC n.º 115/2021 corresponde, a nosso ver, a uma correta intervenção jurisprudencial, interpretando e aplicando de forma adequada a Constituição Cultural Portuguesa por forma a permitir – compatibilizando-a com o direito de propriedade de que são titulares os seus senhorios – a proteção destas “lojas com história”, que assumem verdadeiramente a natureza de bens culturais especialmente relevantes entre nós<sup>122</sup>, contribuindo, desta forma, para a (desejável) qualificação do Estado Português como um verdadeiro Estado de Cultura.

---

<sup>121</sup> Assim, por todos, o Acórdão do TC n.º 531/2023, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20230531.html>, em que se alude às “funções constitucionalmente cometidas a este Tribunal, como um ‘tribunal de normas’ e não como uma espécie de ‘tribunal comum de último recurso’”.

<sup>122</sup> Bastando pensar nalgumas das lojas com maior tradição histórica entre nós, que passaram a ser referências culturais em todo o país e até lexicais (havendo várias designações comerciais dessas lojas que passaram até a designar genericamente esse tipo de lojas, numa espécie de antonomásia) e do próprio interesse turístico que têm, assumindo-se como verdadeiros ícones até fora de Portugal, o que justifica plenamente que as regras aplicáveis às mesmas possam não ser iguais às de qualquer loja mais comum ou sem esse peso e lastro histórico e cultural.